



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Análisis de la Pérdida de Oportunidad desde la perspectiva de la responsabilidad médica en la jurisprudencia del Consejo de Estado.¹

“Analysis of the Opportunity Loss from the perspective of medical responsibility in the jurisprudence of the Consejo de Estado.”

Lorenzo Soto Soto²
Universidad Católica de Colombia

Resumen

La pérdida de la oportunidad es una figura jurídica que ha tenido vital importancia en los últimos años, sin embargo, para efectos probatorios y a la hora de determinar la liquidación de perjuicios, sigue siendo al igual que todo el mundo de la responsabilidad médica, algo complejo de demostrar. Es por ello que en este artículo, se pretende realizar un acercamiento a esta particular figura y comprobar en primera medida, si la pérdida de la oportunidad se establece como daño en sí mismo o como una nueva teoría. Para ello es necesario recordar los regímenes de la responsabilidad médica tanto subjetiva como objetiva, igualmente, mencionar como la pérdida de la oportunidad se ha consolidado, sus elementos constitutivos, los criterios para la liquidación de perjuicios. Todo ello con apoyo jurisprudencial especialmente sobre las últimas sentencias que ha proferido el Consejo de Estado en esta materia.

Palabras Clave: Responsabilidad Médica, Regímenes de la responsabilidad, Responsabilidad Objetiva, Responsabilidad Subjetiva, Pérdida de Oportunidad, Eximentes de responsabilidad.

Summary

¹Artículo resultado de investigación presentado como requisito para optar el Título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría de la doctora Olenka Deniss Woolcott Oyague, docente de la Facultad de Derecho, Abogada de la Universidad de Lima, becaria de la banca de Italia del programa Alla scoperta dell'Italia, en la Universidad de Génova, Doctora en Derecho de la Scuola Superiore di Studi Universitari e di perfezionamento Università di Pisa (Italia).

² Estudiante en proceso de grado de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil número 2110385, y correo electrónico: lsoto85@ucatolica.edu.co

The loss of the opportunity is a legal figure that has been of vital importance in recent years, however, for evidentiary purposes and when determining the liquidation of damages, it remains the same as the whole world of medical responsibility, something complex to prove. That is why in this article, we intend to make an approach to this figure and check first, if the loss of the opportunity is established as damage in itself or as a new theory. For this, it is necessary to remember the regimes of medical responsibility, both subjective and objective, also to mention how the loss of the opportunity has been consolidated, its constituent elements, the criteria for the settlement of damages. All this with jurisprudential support, especially on the latest sentences issued by the State Council in this matter.

Key Words: Medical Responsibility, Regimes of responsibility, Objective Responsibility, Subjective Responsibility, Loss of Opportunity, Exemptions of responsibility.

Sumario:

1. Nociones Generales de la responsabilidad médica. 2. Regímenes de la responsabilidad Médica. 2.1. Responsabilidad Objetiva. 2.2. Responsabilidad Subjetiva. 2.3. Pérdida de Oportunidad. 2.3.1. Concepto de pérdida de la Oportunidad según Consejo de Estado. 2.3.2. Elementos constitutivos de pérdida de la Oportunidad. 2.3.3. La pérdida de la oportunidad se establece como; ¿daño en sí mismo o como nueva teoría del régimen de responsabilidad médica? 2.3.4. Liquidación de perjuicios para el daño de pérdida de la oportunidad, según Consejo de Estado. 2.3.5 Casuística. 2.4. Eximentes de Responsabilidad. 3. Conclusiones. 4. Referencias

INTRODUCCIÓN

Con una mala práctica por parte del profesional médico, no solo se está afectando la salud de determinada persona, sino que se está vulnerando particularmente la dignidad humana, y es Galán (2016) que seguramente inspirada en nuestra Constitución política, manifiesta que:

La fundamentación de los derechos humanos surge de la dignidad del individuo y del Estado, cuyo resultado es la aparición de los derechos fundamentales. Es necesario partir de un principio democrático que sirva de principio jurídico positivizado en las Constituciones, que permita una amplia proyección en el sistema jurídico y sirva como fuente de la fundación y de la aplicación normativa. De esta forma, quedará trazado el camino de avance en la construcción social, política y jurídica. (p. 112)

Ahora, la misma autora menciona que; *“Los derechos representan las garantías hacia los más débiles respecto a los que detentan el poder”* y es por ello, que surge la protección de los derechos de cada individuo, a través de los mecanismos jurídicos existentes, que en este caso vendría siendo la acción de tutela de manera subsidiaria.

Para muchas personas, la preparación académica y la experiencia que se adquiere durante la práctica, son los dos únicos objetivos de su vida profesional, pero, es igual de importante, el hecho de actuar bajo elevadas normas éticas, altruismo y espíritu de servicio a la comunidad, como se mencionó en la definición de Galán, (2016). y que por, alguna pieza que falle en este engranaje surge fácilmente algún tipo de responsabilidad a cargo del profesional médico, hablando de ello, Vanegas (1994) se refiere a la responsabilidad Profesional, de la siguiente manera; *“Corresponde a la obligación que un profesional (actividad laboral socialmente reconocida) de sufrir las consecuencias de sus actos profesionales”* (p. 33). Después de ello, el mismo autor describe tres tipos de responsabilidad; Moral, Social y Legal. Refiriéndose a la primera, como aquella obligación para consigo mismo, quien tiene un juez llamado conciencia y una pena determinada por el sentimiento de culpa. Por parte de la

responsabilidad social, menciona que está encaminada a responder a un núcleo social por la actividad que el mismo profesional ejerce, siendo el juez la misma sociedad y la pena la “mala fama o reputación”. Y, por último, la responsabilidad legal, que surge como consecuencia de la existencia de una norma legal y vigente, de la cual, se desprende la Responsabilidad Civil, Laboral, Administrativa, Ético Disciplinaria y Penal, y que cada una contrae una consecuencia legal diferente

Si a la hora de tomar una decisión se trata, por este simple hecho, el médico puede contraer responsabilidad civil ya que, como consecuencia de esto, el paciente puede perder la oportunidad de recibir un beneficio o evitar un daño, es entonces que el médico debe realizar todo lo que esté a su alcance para evitar que se genere este perjuicio que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha denominado pérdida de oportunidad o pérdida de chance, sin embargo, queda la inquietud si estamos frente a un daño en sí mismo o por el contrario, se ciñe como una nueva teoría o régimen de la responsabilidad médica.

Para dar respuesta a lo anterior, es necesario referenciar las teorías de la responsabilidad profesional médica, con ello especificar los criterios de imputación de la responsabilidad tanto subjetiva como objetiva, seguidamente, tratar específicamente el tema que compete a esta investigación referente a la pérdida de oportunidad, donde se analizara someramente el surgimiento, y desde luego con apoyo de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, extraer los elementos que se han establecido en estos últimos años, para luego verificar que criterios se han establecido concernientes a la liquidación de perjuicios y de allí resolver nuestro interrogante.

1. Nociones Generales de la Responsabilidad Médica.

Para abordar la compleja figura jurídica de la Responsabilidad médica, es necesario analizar el término “profesión”, para lo cual, Fernández (2001), realizando una importante

investigación donde recopila varios conceptos de diferentes autores y luego de tener presente la reseña histórica, termina resaltando lo siguiente:

Una nueva concepción de la profesión se da a partir del trabajo de Cleaves (1985), quien sostiene que las profesiones son ocupaciones que requieren de un conocimiento especializado, una capacitación educativa de alto nivel, control sobre el contenido del trabajo, organización propia, autorregulación, altruismo, espíritu de servicio a la comunidad y elevadas normas éticas. (p. 27)

Después de haber tratado el término anterior, es de vital importancia recordar que, en el ejercicio de cualquier profesión, puede existir responsabilidad profesional que se puede encausar por acción u omisión, es por ello que, Herrera (2008) afirma “*se entiende por responsabilidad profesional la obligación de reparar o compensar los daños producidos en el curso de una determinada actividad profesional*”, (p. 106), y es que, la responsabilidad es una figura jurídica tan importante para establecer una adecuada convivencia dentro de la sociedad, porque sin lugar a dudas “*la responsabilidad civil es el instrumento que permite lograr un equilibrio entre la libertad del hombre y sus deberes dentro de la vida en sociedad; de ahí que se convierta en una institución esencial de la sociedad*”. (Fernández, 2017, p. 45).

Con en el fin de evitar cualquier tipo de responsabilidad, el profesional de la medicina debe ceñirse a su “Lex Artis” Herrera (2008), citando a Martínez Calcerrada, se refiere a este término de la siguiente manera; “*literalmente, “Ley del Arte”, ley artesanal o regla de la regla de actuación de la que se trate*” y que, gracias a ello, se puede establecer sí “*un profesional ejecutó o no de manera correcta una tarea, o se ajusta o no a lo que debe hacerse*”, añade entonces que, “*si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis”, en el ejercicio de una profesión*” (p. 205).

Soportando lo anterior, en la publicación de Acta Médica Colombiana Vol. 19 No. 3 (1994), en el concepto titulado [*el acto médico*], se especifica la obligación que debe tener el médico

referente a la diligencia y a la técnica de su profesión, y que propiamente se entablaría como requisito [*sine qua non*], al respecto:

El médico debe colocar la máxima diligencia y utilizar sus habilidades al máximo para atender a su paciente. El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica, basada en la ciencia de su oficio, disposición de ánimo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la malfunción orgánicas, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad. (p. 146).

En cuanto a los riesgos a los que está inmerso el acto médico, Woolcott (2015), nos resalta que “*todo acto médico configura en sí mismo un riesgo para el paciente*”, ya que es obvio que con “*cualquier actividad, está en juego la salud y la vida del ser humano*”, (pp. 64 y 65) añade en la misma obra, desde luego citando a García y Molinos (1995) que hay dos tipos de riesgos que se pueden encontrar en la responsabilidad médica, por una parte, están los llamados riesgos inexcusables, mencionando las “*equivocaciones inadmisibles, los abandonos injustificados, la impericia que no encuentra excusa, la falta de saber científico*” y por otra parte, los riesgos comunes, los cuales describe como; “*errores de diagnóstico, los terapéuticos, los errores derivados de efectos colaterales, los conductuales por factores exógenos y los errores conductuales personales*” (pp. 23 y S.S), Así mismo, vemos que el médico con el hecho de tomar una decisión ya surge un riesgo en sí mismo.

Otro riesgo que se puede establecer es aquel relacionado con la ingesta de medicamentos, ya que según se describe en la obra literaria de Woolcott y Fonseca conforme a las investigaciones científicas y tecnológicas, puede ser nocivo o peligroso para la salud o también puede quedar en incertidumbre, sí es o no seguro para el consumo humano, sin embargo, aclara que los medicamentos no solo pueden ser inseguros por defecto de fabrica o diseño, sino que también por ausencia o insuficiente información a los consumidores, sobre la composición, riesgos, consumo adecuado entre otros. (Woolcott y Fonseca, 2018, pp. 79 - 93)

Por otra parte, no dejemos de lado el papel fundamental que cumple la tecnología en cualquier acto del profesional de la medicina, ya que es una herramienta fundamental para la cura de enfermedades y diagnósticos oportunos, pero no por ello, el riesgo va a disminuir, y es que, conforme a lo manifestado por Woolcott., Vivas y Garzón, de acuerdo a las herramientas tecnológicas que se utilicen, se puede desprender la interpretación y aplicación de las normas de responsabilidad civil, lo que conlleva a analizar y resolver cualquier caso desde dos perspectivas jurídicas, por una parte, podría ser utilizada una excepción de responsabilidad denominada caso fortuito, esto por ejemplo, cuando hay innovación tecnológica, o por otra parte, como consecuencia de la conducta; la determinación y cuantificación del daño (Woolcott., Vivas y Garzón, 2017, pp. 22 y S.S.).

En el caso de una eventual demanda de reparación por los daños causados, alude Tamayo que, el demandante, debe alegar la inejecución de la prestación por parte del demandado [médico], así mismo, deberá probar, que el médico no empleó los medios que estaban a su alcance y que eran precisos de emplear, así como también que no se comportó con la prudencia y diligencia que se esperaba, además se deberá acreditar el perjuicio alegado y la relación de causalidad o nexo causal entre los dos elementos (culpa y perjuicio), (Tamayo, 2009, pp. 56 y S.S.)

Sin embargo, en cuanto al dinamismo de la carga de la prueba, Rojas (2015), señala lo descrito por el tratadista Tamayo Lombana; que el demandante deberá probar los supuestos de hecho de las pretensiones, y por parte del demandado, deberá probar los supuestos de hechos de las excepciones que propone como medio de prueba, pero añade, en cuanto al término muchas veces utilizado en juicio [inversión de la carga de la prueba] que se refiere a; *“la parte en que se encuentre en las mejores condiciones para producir las pruebas asuma esta carga, con el fin de llevar certeza y seguridad al juez y éste confirmar su decisión”*. Así mismo aclara que *“invertir la carga de la prueba no implica desconocer el derecho de defensa”*, lo que se busca es que *“asuma la carga de la prueba, aquel que tiene mayor posibilidad de probar”* (pp. 79 y S.S.).

2. Regímenes de la responsabilidad Médica.

Dentro de la responsabilidad médica, podemos encontrar dos tipos de teorías, las cuales, han sido trasegadas y explicadas por muchos doctrinantes y expertos en la materia y esencialmente nuestras altas Cortes, me refiero en adelante a la teoría de la responsabilidad subjetiva y a la teoría de la responsabilidad objetiva, las cuales explicaré de manera concreta en los siguientes acápite.

Los fundamentos normativos que trascienden sobre la responsabilidad médica, los podemos encontrar compilados en la obra literaria de Woolcott donde menciona en primera instancia que la atención a la salud contemplada en el artículo 49 de nuestra Constitución colombiana, se describe como un servicio público a cargo del estado, sin embargo, se empieza a catalogar como derecho a la salud a partir de la jurisprudencia y la doctrina (citando algunas sentencias; T-760-2008, T-849-2002, T-597-1993), continúa analizando varios artículos de la Constitución política, donde hace relación, entre otros; con el derecho a la seguridad social (art. 48) y ley 100 de 1993, derecho fundamental a la salud de los niños (art. 44), la dignidad humana (art. 1), el derecho a la vida (art. 11), el derecho a la igualdad (art. 13) y finalidades sociales del estado (art. 336), después de ello, en relación con la ética profesional, se refiere a la Ley 23 de 1981, continúa con la Ley 972 de 2005 donde se especifica el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo y Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud, donde se establecen los decálogos de derechos de los pacientes. (Woolcott, 2014)

2.1. Responsabilidad Subjetiva

La culpa, como criterio de imputación de la responsabilidad civil, tiene su origen como principio del derecho, con los redactores franceses del Código de Napoleón, partiendo de la premisa, que cualquier sujeto es garante de sus propios hechos y que aquel que cause daño a otro, así sea sin intención, estará obligado a resarcir o indemnizar a aquella persona que sufrió el daño. (Woolcott, Monje, Comandé, Peláez y Alarcón, 2018).

Sobre la responsabilidad subjetiva, muchos tratadistas han tenido como punto de partida para este régimen el criterio de imputación que se ha denominado legalmente en nuestro Código Civil Colombiano en su artículo 2341 como [culpa], ahora para determinarla dentro de un proceso judicial, no es una tarea fácil, sin embargo, se ha establecido unos elementos o requisitos que deben estar presentes a la hora de encausar este tipo de responsabilidad, el doctrinante, Herrera (2008), resalta lo siguiente:

la culpa médica y el daño culposo emergente, están producidos como consecuencia de uno o más de los cuatro elementos que constituyen la base del delito médico y ellos son; **I. Impericia** (no saber) (...) cuando falta la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento médico, particularmente cuando estos no han sido certificados por alguna institución reconocida legalmente, Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la [inobservation des regles d'art] de la doctrina francesa; a la [malpractice] de los anglosajones y al [kunstfehler] de los alemanes, **II. Negligencia** (hacer menos o no hacer lo suficiente) (...) a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivalente al descuido u omisión (...) **III. Imprudencia** (hacer más) (...) consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasionará el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. (...) **IV. Inobservancia** de los reglamentos y deberes a su cargo(...). (pp. 103, 126 - 127).

Finaliza Herrera (2008), con un curioso comentario que es importante citar en este momento para abarcar este tema: “*Entre el fin equilibrio del saber qué hacer, no hacer de menos pero tampoco de más; se ubica la conducta médica adecuada*”. (p. 127)

Por su parte, el tratadista Tamayo (2007), ejemplifica la teoría de la responsabilidad subjetiva de la siguiente manera;

la responsabilidad del médico [supone] que se pruebe su culpa, así, por ejemplo, “si a un paciente deben irradiarlo en la cabeza y resulta con quemaduras en el vientre o en los pies, el daño es de tal anormalidad que solo una culpa del médico puede explicarlo. (pp. 520 y 521)

Importante traer a colación otro caso donde se estableció un régimen de responsabilidad subjetiva, y que el Consejo de Estado (2013) menciona en la Sentencia radicada bajo el número 2000-01293, trata sobre una paciente que necesitaba una intervención quirúrgica en el Hospital Central, denominada, mastectomía radical modificada (ablación del seno derecho), sin embargo, de acuerdo con los informes, se logró establecer que el tumor no era maligno, ni había presencia de un carcinoma y que por lo tanto la cirugía por la cual se le extirpó el seno fue [*innecesaria*].

Puede presentarse responsabilidad de índole subjetiva en un tratamiento o intervención médica, como consecuencia de una inadecuada elección en el tratamiento, ya que, según menciona Yepes (2016), al momento que el médico escoge un determinado tratamiento, se tiene que evaluar la responsabilidad que le atañe, como también determinar el error que puede llegar a presentarse, desde luego, bajo consentimiento informado comentarle al paciente los posibles riesgos;

[...] se examinara en el caso de un diagnóstico correcto, ya que si ha presentado un error en la determinación de la patología, el tratamiento también será equivocado, sin embargo es de resaltar que existe un principio denominado libertad terapéutica o libertad de prescripción profesional de la medicina, basado en el conocimiento de la ciencia por el médico, le otorga un poder de decisión que goza de la protección jurídica y que le permite escoger el método o la técnica que considere como indicada para el paciente”. (p. 224).

Someramente analizada la responsabilidad subjetiva, pasaré a explicar la teoría de la responsabilidad objetiva, dentro de la responsabilidad médica.

2.2. Responsabilidad Objetiva

Históricamente hablando, según nos comenta Tamayo (2007), a partir del año 2001, gracias a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, se empieza a analizar otro criterio de imputación diferente a la culpa, para tal fin, refiriéndose a la ejecución de actividades riesgosas o peligrosas, este doctrinante denomina esta teoría como [responsabilidad objetiva], teniendo como principio la carga dinámica de la prueba, pero específicamente enfatiza que a pesar que el médico ejerza sus funciones de acuerdo a su “*lex Artis*”, esto es con la debida prudencia y diligencia, utilizando todos los medios que están a su alcance, como las herramientas tecnológicas actualizadas y conocimiento y preparación adecuada, se disminuiría considerablemente la responsabilidad por parte del profesional médico, el mismo autor a través de un ejemplo, explica cómo podría entenderse la responsabilidad objetiva, afirmando que el criterio de imputación bajo este régimen es el [*riesgo*], es decir, por el ejercicio de actividades peligrosas, cuyo fundamento legal, lo podemos encontrar en nuestro Código Civil, en el artículo 2356.

En un caso donde un bisturí recién adquirido del fabricante, si al momento de ser utilizado, el mismo se rompe intempestivamente, por la mala calidad de los materiales, causándole daños al paciente, el médico en este caso no entraría a responder. (pp. 819 y S.S.).

Particularmente, refiriéndonos al ejercicio de actividades peligrosas, término que tiene su fundamento legal en el artículo 2356 de nuestro código civil, continúan argumentando que no existe claridad por parte del legislador en dicho artículo, aludiendo que se puede confundir con el criterio de imputación de la culpa con su simple lectura, sin embargo, aclaran que gracias a nuevas influencias sobre las tendencias recientes de la responsabilidad civil e

interpretación jurisprudencial, es que se vislumbra un criterio de imputación diferente, denominado riesgo, el cual surge por el ejercicio de actividades peligrosas Woolcott, Monje, Peláez, Comandé y Morales, (2018). Este concepto es descrito, con base en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 03 de mayo de 1965, donde mencionan que son “*todas aquellas que el hombre realiza mediante el empleo de cosas o energía susceptibles de causar daño a terceros*” adicionan, el concepto de una sentencia reciente, proferida el 26 de agosto de 2010, donde se indica que “*aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños*” (pp. 19 y S.S.)

Con base en lo anterior, en *Sentencia No. 25000-23-26-000-2003-02133-01 proferida por el Consejo de Estado, (2017)* donde se hace referencia a cuatro criterios específicos que determinan los eventos o casos que se pueden endilgar al régimen de la responsabilidad objetiva;

i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, [pero] siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; **ii)** Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo; **iii)** Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear); **iv)** En supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y; **v)** Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria. (Consejo de Estado, Sentencia 2003-02133/36816 de enero 25 de 2017)

Según nos explica Tamayo (2007), con el fin de dar a entender, cómo podría aplicarse la teoría de la responsabilidad objetiva, cuyo criterio de imputación del riesgo de que trata el artículo 2356 de nuestro Código Civil, por la ejecución de actividades peligrosas, al respecto nombra los (daños causados con cosas ajenas o utilizadas en el tratamiento), así; por ejemplo

Si un aparato que está bajo la guarda del médico explota mientras el paciente se encuentra en la sala de espera y éste sufre daños como consecuencia de la explosión, habrá una responsabilidad extracontractual del médico, de acuerdo con el Art. 2356 del C.C., y, en consecuencia, el médico solo se libera mediante la prueba de una causa extraña, caso fortuito o fuerza mayor, ya que en estos casos estaríamos frente a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. (pp. 819 y S.S.).

2.3. Pérdida de la Oportunidad

La noción de la Pérdida de la Oportunidad, según Asensi (2013), menciona que esta teoría tuvo inicio en el sistema jurídico *“francés (perte d’une chance) e inglés (loss of a chance of recovery), entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX”* (p. 229)

La teoría de Pérdida de la Oportunidad en Colombia surgió con una sentencia del Consejo de Estado en el año 1994, a manos del Consejero Ponente; Ricardo Hoyos Duque, desde entonces se habla de la teoría de la imputación del daño. (Díaz, 2018)

Se suele confundir la pérdida de oportunidad con el daño patrimonial denominado lucro cesante, sin embargo, es importante resaltar una posible diferencia que se encuentra al momento de investigar cada término, respecto al lucro cesante, como categoría del perjuicio patrimonial, Guerra (2014), citando el artículo 1614 de nuestro Código Civil, lo define como un daño o perjuicio de naturaleza económica que puede cuantificarse en una suma de dinero y que *“consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial,*

reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir, que no ingresara al patrimonio de la persona cuando se le ha causado un daño”. (p. 169)

Por su parte, y como ya se mencionó en líneas anteriores, la pérdida de oportunidad consiste en aquel chance que tenía cierta persona de evitar un daño o de recibir un beneficio en general, entonces la diferencia principal que resulta de estos dos términos es quizás que, el daño emergente se refiere a un daño meramente económico (daño material), el cual está inmerso en la pérdida de la oportunidad, porque esta, constituye rubros de carácter (material o inmaterial), es decir; daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño a la vida de relación, daño psicológico, daño fisiológico, entre otros, como se puede comprobar en la sentencia que profirió el Consejo de Estado bajo el radicado número 17001-23-31-000-2000-00645-01, Exp. (25706), el 05 de abril de 2017, De lo anterior, se deduce que la pérdida de la oportunidad vendría siendo el género y el lucro cesante la especie.

2.3.1. Concepto de pérdida de la Oportunidad según Consejo de Estado

Puntualmente hablando, el concepto de la Pérdida de la Oportunidad, lo podemos encontrar en la sentencia del Consejo de Estado, (2010) radicada bajo el número 05001-23-26-000-1995-00082-01, donde se menciona que:

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. (Consejo de Estado, Sentencia 1995-00082 / 18593 del 11 de agosto de 2010).

Sin embargo, en la misma sentencia se aclara lo siguiente;

La oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso **no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, si no a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado**, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso. (Consejo de Estado, Sentencia 1995-00082 / 18593 del 11 de agosto de 2010). (**subrayado y negrilla fuera de texto**).

2.3.2. Elementos constitutivos de pérdida de la Oportunidad.

El Consejo de Estado (2010), en sentencia radicada bajo el número 05001-23-26-000-1995-00082-01, se refirió únicamente a dos elementos constitutivos, por un lado, la certeza y por el otro, la incertidumbre, al respecto:

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten **un elemento de certeza y otro de incertidumbre**: la **certeza** de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la **incertidumbre**, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (Consejo de Estado, Sentencia 1995-00082 / 18593 del 11 de agosto de 2010) (**negrilla fuera de texto**)

Años más tarde, el Consejo de Estado (2017) en la sentencia radicada bajo el número 52001-23-31-000-2008-00505-01 Exp. (41073) se menciona tres *críterios* específicos que constituyen esta noción dentro de la responsabilidad, sin embargo, es en la Sentencia radicada bajo el número 17001-23-31-000-2000-00645-01, proferida por el Consejo de Estado (2017), donde se reordena los **elementos constitutivos** del daño de pérdida de oportunidad, explicándolos de la siguiente manera.

I. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción. **II. Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con

certeza suficiente*” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes - *(TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez). **III. Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún dependiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar. (Consejo de Estado, Sentencia 2000-00645 / 25706 del 11 de agosto de 2010)

La sala concluye;

Cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en

su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como una omisión absoluta, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad. (Consejo de Estado, Sentencia 2000-00645 / 25706 del 11 de agosto de 2010).

2.3.3. La pérdida de la oportunidad se establece como ¿daño en sí mismo o como nueva teoría del régimen de responsabilidad médica?

Resolviendo nuestro problema jurídico, referente a si la pérdida de oportunidad en si misma constituye un daño o por el contrario surge como una nueva teoría colindante e independiente a los regímenes tradicionales de la responsabilidad objetiva y subjetiva, es en las sentencias del Consejo de Estado (2014) radicada bajo el número 88001-23-31-000-2005-00050-01(34125) y Consejo de Estado (2010) radicada bajo el número 05001-23-26-000-1995-00082-01, que ese cuerpo Colegiado manifestó que la pérdida de la oportunidad, se clasifica como un “*rubro autónomo del daño*”, refiriéndose a los límites o alcances de la pérdida de oportunidad, se describe que la misma se puede observar desde dos puntos de vista:

De un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros

distintos del daño. (Consejo de Estado, Sentencia 1995-00082 / 18593 del 11 de agosto de 2010)

En la Sentencia radicada bajo el número 17001-23-31-000-2000-00645-01, proferida por el Consejo de Estado (2017), se refirió al daño por pérdida de la oportunidad, la corporación discriminó dos formas, clasificadas de la siguiente manera:

Los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo -chance de gain- y otro negativo -chance d'éviter une perte. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado. (Consejo de Estado, Sentencia 2000-00645 / 25706 del 11 de agosto de 2010).

En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud. (Consejo de Estado, Sentencia 2000-00645 / 25706 del 11 de agosto de 2010).

En conclusión, estamos frente a un rubro autónomo al daño y no frente a un régimen de responsabilidad médica independiente de los regímenes tradicionales, hablo de la responsabilidad subjetiva y objetiva.

2.3.4. Liquidación de perjuicios para el daño de pérdida de la oportunidad, según Consejo de Estado.

El Consejo de Estado (2017), en sentencia radicada bajo el número 17001-23-31-000-2000-00645-01, Exp. (25706), hace referencia a que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad, y que de manera sistemática se establecen seis parámetros a seguir para liquidar este daño autónomo y que según manifiesta la Corporación.

De modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía, lo que, sin duda, no solo creará un ambiente de igualdad y seguridad jurídica, sino que redundará en beneficio de las partes que concurren al proceso. (Consejo de Estado, Sentencia 2000-00645 / 25706 del 11 de agosto de 2010).

Así pues, esa Corporación menciona los siguientes parámetros:

I. El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud. **II.** La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible. **III.** No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-

, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial. **IV.** No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso. **V.** El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina (Tamayo J. 2007. P. 338 y 341), bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados. **VI.** Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya

podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada. (Consejo de Estado, Sentencia 2000-00645 / 25706 del 11 de agosto de 2010).

Entonces con todo ello, observamos que hay jueces que dictan sus fallos con ocasión en el principio de equidad que trata la Ley 446 de 1998 en su artículo 16 o mediante un incidente de reparación integral, pese a no haber criterios o parámetros claros al momento de liquidar el daño de pérdida de la oportunidad, como si puede haberlos en las tablas que la misma corporación ha establecido por ejemplo para los perjuicios que se derivan de este daño, para ello, ver comunicado del Consejo de Estado de fecha 04 de septiembre de 2014.

2.3.5. Casuística

Ahora veamos como el Consejo de Estado ha fallado en diferentes casos, donde se ha declarado el daño por pérdida de oportunidad.

Primer Caso

Conforme a la sentencia del 06 de julio de 2017, radicada bajo el número 63001-23-31-000-2005-00719-01, Exp. (41579), proferida por la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, se observa que se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, porque en este caso,

[L]os demandantes sostienen que sufrieron un daño porque la declaratoria de prescripción de la acción penal les impidió obtener el pago efectivo de las indemnizaciones que fueron reconocidas a su favor a título de perjuicios morales por el Juzgado Único del Circuito de Calarcá en decisión que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia (...) de conformidad con el material probatorio obrante en el plenario, la Sala observa acreditado el primer requisito exigido para considerar que los señores (...) y (...) sufrieron un daño autónomo, consistente en la pérdida de la oportunidad de obtener la reparación pecuniaria a la que aspiraban (...) los demandantes tenían la oportunidad de obtener la indemnización de los perjuicios morales que sufrieron por la muerte de su compañero, padre, hijo y hermano habida cuenta de que no sólo se demostró que se constituyeron como parte civil dentro del proceso penal, sino que además obtuvieron una sentencia favorable a sus pretensiones en tanto el Juzgado (...) de Armenia, declaró al sindicado penalmente responsable del homicidio culposo y lo condenó a reparar el daño mediante el pago de una suma de dinero equivalente a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de los hechos (...) también se encuentra acreditado ya que existe certeza de que los demandantes estaban en una situación potencialmente apta para obtener el resultado esperado, que no era otro que la indemnización de los perjuicios causados con el hecho punible. (Consejo de Estado, Sentencia 2005-00719 / 41579 del 06 de julio de 2017)

[E]stá demostrado que el proceso penal seguido contra el señor (...) tuvo una duración de más de siete (7) años, contados desde el 26 de marzo de 1996, fecha en la cual la Fiscalía 11 Unidad Especializada de Vida de Calarcá ordenó la apertura de la instrucción, hasta el 12 de mayo de 2003, cuando la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia declaró la prescripción de la acción penal (...) la etapa de juzgamiento no se adelantó en un plazo razonable, teniendo en cuenta que se extendió por espacio aproximado de cinco años, de los cuales el proceso permaneció inactivo por más de tres, sin que se encuentren razones que expliquen

tal situación (...) Para la Sala, no hay nada dentro del proceso que explique ni que justifique que el Juzgado Único del Circuito de Calarcá tardara todo este tiempo en fijar la fecha para la celebración de la audiencia de juzgamiento, sobre todo si se tiene en cuenta que el último de los testimonios decretados en el auto de 1º de julio de 1998 se practicó, por despacho comisorio, el 11 de septiembre siguiente (...) la Sala considera que en este caso sí hubo un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por mora judicial porque, agotado el periodo probatorio, el juez tenía el deber de fijar la fecha para la celebración de la audiencia de juzgamiento dentro de un plazo razonable. Sin embargo, se abstuvo de hacerlo sin justificación o razón alguna, con lo cual, a no dudarlo, contribuyó causalmente a la prescripción de la acción penal y, en consecuencia, a la pérdida de oportunidad experimentada por los demandantes, situación que compromete la responsabilidad administrativa de la Nación-Rama Judicial. (Consejo de Estado, Sentencia 2005-00719 / 41579 del 06 de julio de 2017)

En el anterior caso, se condenó a la Nación - Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración judicial, al pago de \$22.476.358 a favor de los demandantes por concepto de indemnización al configurarse el daño de la pérdida de oportunidad.

Segundo caso

La siguiente sentencia que abordaré, es la radicada bajo el número 52001-23-31-000-2008-00505-01, Exp. (41073), proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo el 08 de febrero de 2017, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

El 17 de diciembre de 2002 se presentó una colisión entre dos vehículos, en uno de los cuales se transportaba como pasajera la señora Luz Marina López de Acosta, quien resultó lesionada y con una incapacidad superior a 100 días. La

Secretaría de Tránsito Municipal de Pasto formuló denuncia penal contra el conductor de uno de los vehículos que, por lo demás, era de servicio público y, posteriormente, vinculó al proceso al conductor del automotor contra el cual colisionó. La señora Luz Marina López de Acosta presentó demanda de constitución de parte civil, en la cual incluyó a los propietarios de los vehículos accidentados y a la empresa Flota Galeras S.A., a la cual estaba afiliado el taxi en el que se transportaba, lo que hizo con el objeto de que le repararan los daños y perjuicios derivados de tal accidente de tránsito. [L]a señora Luz Marina López de Acosta, una vez declarada la prescripción de la acción penal, contaba todavía con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil, pues el término de 10 años de la prescripción civil vencía para ella el 7 de diciembre de 2012, contado a partir de la ocurrencia del hecho. Así, pues, una vez declarada la prescripción en el proceso penal -27 de marzo de 2007- a la hoy demandante le quedaban 5 años, 8 meses y 10 días para acudir ante la jurisdicción civil en procura del resarcimiento de los perjuicios ocasionados como consecuencia del accidente de tránsito en el que resultó lesionada. La decisión del proceso penal en el presente caso no implicó para la actora la pérdida del derecho a lograr la reparación integral de los perjuicios causados, quien podía hacerlo valer ante la jurisdicción civil.(...) presunto daño invocado en la demanda, como consecuencia de la declaración de prescripción de la acción penal, no tiene el carácter de cierto, por lo que la responsabilidad patrimonial endilgada con base en esta circunstancia tampoco encuentra sustento, lo que impone confirmar la sentencia apelada, pero por las precisas razones expuestas en esta providencia. (Consejo de Estado, Sentencia No. 2008-00505 / 41073 del 08 de febrero de 2017) (**negrilla fuera de texto**)

La sala en este caso reitera los requisitos que se han propuesto para el daño de pérdida de la oportunidad, (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad, (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado,

después de realizar el análisis del caso, encuentra la Sala que no se cumplen los señalados criterios (ii) y (iii), puesto que, por un lado, la señora López de Acosta no se encontraba en una situación de “imposibilidad definitiva” de obtener el resarcimiento esperado y, por el otro, tampoco se puede considerar, que en este caso la sola existencia de la resolución de acusación fuera requisito suficiente para que se encontrara probado el punible que se investigaba, además como se mencionó anteriormente, contaba para el momento de los hechos con la acción civil.

Adicionalmente, se configuró el eximente de responsabilidad denominado “culpa exclusiva de la víctima” ya que la parte actora no usó los recursos correspondientes en contra de la providencia que decidió precluir la investigación.

Notoriamente, en esta sentencia el Consejo de Estado quiso recordar los elementos que constituyeron la pérdida de oportunidad que más adelante en el mismo año, fueron reordenados.

Tercer Caso

En sentencia del 12 de febrero de 2014, radicada bajo el número 88001-23-31-000-2005-00050-01. Exp. (34125) proferida por Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se expone lo siguiente:

El 1 de julio de 2003, el menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya, después de sufrir una caída de 2 metros de altura, fue trasladado al Hospital Timothy Britton de San Andrés, donde le diagnosticaron “fractura condilia del humero reducida con material de osteosíntesis”. Como consecuencia de dicha lesión, el 14 de julio siguiente fue sometido a una intervención de “reducción abierta más osteocontesis con 2 pines de Kirshner”; sin embargo, ante la neuroplaxia que presentó posteriormente, fue sometido a una segunda cirugía, que se llevó a cabo el 21 de octubre de ese año, en la Clínica General del Norte de Barranquilla,

consistente en una “neurorrafia del nervio y plastia en Z o W en el área especial”. Comoquiera que el paciente no presentó mejoría, los padres del menor buscaron otra oportunidad en la ciudad de Medellín, con el fin de recuperar el nervio que resultó atrofiado después de la primera cirugía y de corregir “la mala e inadecuada intervención quirúrgica del galeno en la isla” que, según los demandantes, fue la causa de la deformidad física y funcional del miembro superior izquierdo del menor. (Consejo de Estado, Sentencia 2005-00050 / 34125 del 12 de febrero de 2014)

Se encuentra acreditado el primero de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, es decir, se demostró el daño alegado por los demandantes, consistente en la lesión del nervio radial izquierdo, las limitaciones en los movimientos del brazo generadas por aquella, y la deformidad física del mismo miembro, sufridos por Cristian Felipe Guzmán Bedoya. (...) la Sala encuentra que la entidad demandada sometió a Cristian Felipe Guzmán a una intervención quirúrgica, con el fin de corregirle las lesiones causadas en su miembro superior izquierdo, después de caer desde una altura considerable. (...) resulta razonable afirmar que es “improbable” o “prácticamente imposible” que durante la reducción abierta y la fijación de los pines de Kirschner, practicadas a Cristian Felipe Guzmán en el Instituto de Seguros Sociales, se le haya lesionado el nervio radial del miembro superior izquierdo, pues, según las pruebas recién mencionadas, dicha intervención no incide de manera alguna en la región anatómica donde se aloja el nervio. Además, tanto el testimonio del doctor Arocha como el dictamen médico del Instituto de Medicina Legal coinciden también en sostener que, atendiendo a la intensidad del golpe y a la gravedad de la fractura (multifragmentación del hueso), el nervio radial pudo resultar lesionado en el momento mismo de la caída. (...) al no tener certeza sobre la existencia de la lesión, pero sí sobre una probabilidad de haberse causado en el momento de la caída, **para la Sala no cabe duda que era obligación del médico remitir al paciente a una clínica de mayor nivel, dotada de los equipos**

adecuados para realizar la electromiografía, con el fin de conocer el real estado del nervio y de determinar el procedimiento adecuado. (...) no se puede hablar de la necesidad de una intervención quirúrgica inminente que no hubiere permitido la remisión del paciente al interior del país para una valoración y tratamiento más exactos, pues es evidente que, pese a la gravedad de la fractura, ésta dio tiempo suficiente para estabilizar y hospitalizar al menor durante varios días, antes de realizar la primera intervención; en efecto, recuérdese que la lesión tuvo lugar el 1 de julio de 2003, fecha en la que el menor fue trasladado a la clínica Timothy Britton, donde le inmovilizaron el brazo con una férula de yeso y lo dejaron hospitalizado hasta el 8 de julio siguiente, día en que el mencionado doctor Hugo Arocha llevó a cabo la reducción abierta y fijación interna de pines. Es evidente, entonces, que Cristian Felipe Guzmán Bedoya perdió la oportunidad de haber sido remitido a un hospital de mayor nivel, para ser valorado por un neurocirujano especializado en nervios periféricos y para ser sometido a una electromiografía, antes de que se le practicara aquella cirugía y es claro que, de haberse emitido tal remisión, **quizá se hubiera evitado la deformidad física y funcional del brazo.** La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. (Consejo de Estado, Sentencia 2005-00050 / 34125 del 12 de febrero de 2014). **(negrilla propia)**

Finalmente, se condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagar a favor de los demandantes lo equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales, por concepto de indemnización por pérdida de la oportunidad, por lo expuesto anteriormente.

Como en otras ocasiones, en este caso, el Consejo de Estado reafirmó que la pérdida de la oportunidad se clasifica como un rubro autónomo del daño y que con fundamento en ello, puede haber indemnización por perjuicios materiales e inmateriales, tales como daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño a la vida en relación, daños psicológicos entre

otros, tal como se mencionó en nuestra sentencia tantas veces referenciada (Rad. 17001-23-31-000-2000-00645-01, Exp. (25706), el 05 de abril de 2017)

Cuarto Caso

En la sentencia emitida por el Consejo de Estado, radicada bajo el número 17001-23-31-000-2000-00645-01, Exp. (25706), el 05 de abril de 2017,

La señora Campiño Agudelo pese a tener una enfermedad coronaria conservaba una expectativa cierta y razonable de sobrevivir al momento en que ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Manizales (...) Sin embargo, dicha posibilidad desapareció de modo irreversible por causa del diagnóstico incorrecto elaborado por el profesional de la medicina que la atendió, con lo cual no se garantizó una atención adecuada, y en consecuencia, el chance de sobrevivir se extinguió (...) La probabilidad que tenía la señora Campiño de sobrevivir se tornó en inexistente cuando la Clínica de Manizales no le ofreció la atención adecuada, es decir, cuando incurrió en error de diagnóstico, no le practicó los exámenes físicos y clínicos pertinentes, no la mantuvo en observación ni la remitió a un centro asistencial especializado del nivel que requería para su adecuada atención (...) [E]n lo concerniente a la prestación del servicio, el reproche que se formula específicamente a la Clínica de Manizales es el haber incurrido en graves yerros e imprecisiones al momento de establecer el diagnóstico, pues bien, al margen de no haber sido valorada por un especialista, se extraña que no se hubieren ordenado o realizado en la consulta médica de urgencias, por decir lo menos, los exámenes básicos para emitir un diagnóstico juicioso y más acertado. (Consejo de Estado, Sentencia 2000-00645 / 25706 del 11 de agosto de 2010).

En el anterior caso, la Corporación condenó a la parte demandada, como indemnización de perjuicios por la pérdida de la oportunidad, a título de daños morales lo equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de lucro cesante a favor de una de sus

hijas, la suma de \$35.984.469., y a título de lucro cesante a favor de la otra hija, la suma de \$45.177.834, teniendo como base las fórmulas matemáticas adoptadas por la corporación

Hay que mencionar que fue en esta sentencia, donde el Consejo de Estado reordenó los elementos constitutivos del daño de pérdida de la oportunidad, mencionando que el primero de ellos es; la Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, el segundo criterio se refiere a la Certeza de la existencia de una oportunidad y el último elemento constitutivo es la Pérdida definitiva de la oportunidad.

Adicionalmente, este cuerpo colegiado en aquella ocasión mencionó que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño por la pérdida de oportunidad, y por ello, de manera sistemática estableció unos “*parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía*”. Los cuales fueron mencionados con antelación.

Una vez analizada la anterior sentencia, se puede observar que la Corporación realizó un juicio valorativo, donde descarta la causalidad como criterio de la imputación de la responsabilidad, para lo cual se abre una discusión frente a la aplicación de la responsabilidad sin tener en cuenta la imputación, lo cual, merece un trabajo de investigación diferente.

(...) existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño -teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúan en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima -teoría relacionada con el daño (...)

2.4. Eximentes de Responsabilidad.

No dejemos de lado las circunstancias por las cuales, el médico puede alegar su exoneración de responsabilidad, frente a los hechos que puedan surgir como consecuencia de la práctica médica, Patiño (2011), menciona 4 eximentes de responsabilidad; fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero, y hecho de la víctima. Frente a los dos primeros, citando normatividad colombiana, específicamente el artículo 64 del Código Civil, describe que son sinónimas y que la Jurisprudencia se ha encargado de diferenciar estas dos figuras.

El mismo autor citando jurisprudencia del Consejo de Estado, señala que la Fuerza Mayor solo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto que debe ser; Imprevisible; cuando *“no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia”*. Irresistible; es la *“imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto”*. Y, en lo concerniente a; que sea exterior del agente; que se refiere a *“aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quién lo sufre.”* (pp. 371 - 398)

En lo referente al Caso Fortuito, El mismo autor citando a (Hinestroza 2002), describe este eximente de responsabilidad como aquel suceso que ocurre dentro de la ejecución de alguna actividad. Además, citando Jurisprudencia menciona que el caso fortuito

Ha sido tratado como un sinónimo de “causa desconocida” la cual, si bien puede o no ser previsible o imprevisible, y en todos los casos puede ser irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño lo que le da el carácter de interioridad. (p. 775)

Respecto al hecho de un Tercero como eximente de responsabilidad, *“el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad”* por tal razón es fundamental alegar en juicio que, *“debe ser causa exclusiva, única y*

determinante del daño para que se convierta en exoneratorio de responsabilidad” (Patiño 2011, pp. 371 - 398),

El mismo autor, refiriéndose al Hecho de la Víctima y que otros tratadistas se refieren a la Culpa exclusiva de la víctima, y haciendo una evaluación lógica deduce que, *“quién ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar”*

Aparte de los eximentes de responsabilidad que se mencionaron anteriormente, existe un trabajo de investigación denominado “Consentimiento Informado como Eximente de Responsabilidad Médica Contractual”, que (Franco y Holguín 2014, pp. 17 y 18) como estudiantes de la especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, han establecido como eximente de responsabilidad el Consentimiento Informado, y es en este trabajo que citando la sentencia de la (Corte Suprema de Justicia, 2010. Rad. 2002-00111), describe que sí es un eximente de exoneración cuando;

El Consentimiento de exoneración es el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; consentimiento que debe hacerse inteligible al paciente para que conozca antes todos los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico. (Franco y Holguín 2014, pp. 17 y 18. citando a la Corte Suprema de Justicia, 2010. Rad. 2002-00111)

Se podría entender que el consentimiento informado es aquel requisito previo “sine qua non” para que el médico inicie cualquier procedimiento:

Es la aquiescencia o autorización que da el paciente para que el médico realice un determinado procedimiento, después que éste le ha explicado en términos que le sean entendibles, en que consiste el procedimiento, que efectos se van a derivar del mismo, cuales son los riesgos objetivos que genera, que otras alternativas distintas existen. (Solórzano 2018, p. 143).

Continúa el autor describiendo varios tipos de consentimiento informado, el primero; Consentimiento directo o personal, que es el brindado por el propio paciente. El segundo: Consentimiento Sustituto, que consiste en aquel consentimiento dado por una persona distinta a la que va a ser atendida, dando el ejemplo de los padres hacia los hijos o los tutores, frente a los interdictos. Y, tercero, Consentimiento mixto: sustituto y judicial, mencionando que, hay algunos casos en los cuales el paciente no puede manifestar su voluntad y que por ello es necesario que medie una autorización judicial, refiriéndose a los pacientes oligofrénicos.

El problema surge cuando hay ausencia de consentimiento informado o se omite parte de este, porque no es previsible la consecuencia de la intervención médica, Morales y Daza (2016) trayendo a colación casos en España, mencionan que muchas veces es difícil exponerle al paciente todas las complicaciones médicas que se derivan de su intervención, pero que en cuanto a las complicaciones previsibles y frecuentes que conlleven a un grave daño, deben ser colocadas siempre de manifiesto, lo cual, debe constituirse como un elemento material de prueba válido dentro de un eventual proceso judicial.

Igualmente se puede encontrar excepciones al deber de informar, y es en la obra literaria de Woolcott y Fernández (2018), donde encontramos que:

el médico puede abstenerse de solicitar el consentimiento informado del paciente en los casos en los cuales la no intervención inmediata del médico suponga un riesgo cierto y grave para la salud pública”, continúa con otro caso, “cuando el paciente se encuentra incapacitado de manifestar su voluntad y la urgencia de recibir inmediata atención no permite demoras. (p. 556)

3. Conclusiones.

Concerniente a las teorías de la responsabilidad médica, teníamos hasta hace un par de años como único criterio de responsabilidad la culpa, esto ceñido a lo establecido en el artículo

2341 del código civil, y que, gracias a este aparte normativo, se dictaron innumerables sentencias en materia médica, donde se endilgó la responsabilidad subjetiva como consecuencia de la falla en la prestación del servicio.

Años más tarde, el Consejo de Estado, empezó a vislumbrar un nuevo régimen de responsabilidad muy distinto al criterio de responsabilidad que hasta ese momento estaba imperando en muchas partes del mundo, como base de la responsabilidad civil, específicamente, se estableció otro criterio dentro de la responsabilidad, que surgió como consecuencia del ejercicio de las actividades peligrosas, criterio de imputación denominado por esa Corporación como riesgo.

Resolviendo nuestro interrogante, referente a sí la pérdida de la oportunidad, se constituye como un daño en sí mismo o por el contrario se ciñe como una nueva teoría o régimen de la responsabilidad médica, se encontró que en varias sentencias de manera textual, se califica a esta figura jurídica como un daño autónomo, por ejemplo, en las sentencias del Consejo de Estado, (2014) radicada bajo el número 88001-23-31-000-2005-00050-01(34125) y del Consejo de Estado, (2010) radicada bajo el número 05001-23-26-000-1995-00082-01, donde ese cuerpo Colegiado manifestó que la pérdida de la oportunidad, se clasifica como un “***rubro autónomo del daño***”

Fue en la sentencia radicada bajo el número 17001-23-31-000-2000-00645-01, proferida por el Consejo de Estado, (2017), donde se reordena los **elementos constitutivos**, de la pérdida de la oportunidad, explicando que estamos frente a un rubro autónomo al daño, especificando los siguientes elementos que la constituyen; (I) *Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.* (II) *Certeza de la existencia de una oportunidad.* (III) *Pérdida definitiva de la oportunidad.*

Frente a la liquidación de perjuicios, el Consejo de Estado, (2017), en sentencia radicada bajo el número 17001-23-31-000-2000-00645-01, Exp. (25706), hace referencia a que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad, y que,

como consecuencia de ello, de manera sistemática se establecen seis parámetros que “*de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía*”.

Encontramos entonces que, frente a la liquidación de perjuicios de pérdida de la oportunidad, no hay ecuaciones para su liquidación como si lo puede haber en otro tipo de daños, sin embargo observamos que existen sentencias que condenan a pagar por constituirse el daño de pérdida de la oportunidad a pagar esta indemnización por perjuicios materiales e inmateriales, tales como daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño a la vida en relación, daños psicológicos entre otros, tal como se mencionó en nuestra sentencia tantas veces referenciada (Rad. 17001-23-31-000-2000-00645-01, Exp. (25706), el 05 de abril de 2017)

Finalmente, encontramos que hay ocasiones en que se puede confundir la pérdida de la oportunidad con el daño patrimonial denominado lucro cesante, sin embargo, es importante resaltar una evidente diferencia que se encuentra al momento de investigar cada término, respecto al lucro cesante, como categoría del perjuicio patrimonial, Guerra, (2014), , citando el artículo 1614 de nuestro Código Civil, lo define como un daño o perjuicio de naturaleza económica que puede cuantificarse en una suma de dinero y que “*consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir, que no ingresara al patrimonio de la persona cuando se le ha causado un daño*” (p. 169). Por su parte, y como ya se mencionó en líneas anteriores, la pérdida de oportunidad consiste en aquel chance que tenía cierta persona de evitar un daño o de recibir un beneficio en general, entonces la diferencia principal que resulta de estos dos términos es quizás que, el daño emergente se refiere a un daño meramente económico (daño material), el cual está inmerso en la pérdida de la oportunidad, porque esta, constituye rubros de carácter (material o inmaterial), es decir; daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño a la vida de relación, daño psicológico, daño fisiológico, entre otros, como se puede comprobar en la sentencia que profirió el Consejo de Estado bajo el radicado número 17001-23-31-000-2000-00645-01, Exp. (25706), el 05 de abril de 2017., De lo anterior, se deduce que la pérdida de la oportunidad vendría siendo el género y el lucro cesante la especie.

4. Referencias Bibliográficas.

Asensi, E. (2013). La Evolución de la doctrina en la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. Revista CESCO de derecho de Consumo No. 8. Pág. 229. Recuperado de: [file:///C:/Users/loren/Downloads/Dialnet-LaEvolucionDeLaDoctrinaDeLaPerdidaDeOportunidadEnR-4524526%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/loren/Downloads/Dialnet-LaEvolucionDeLaDoctrinaDeLaPerdidaDeOportunidadEnR-4524526%20(1).pdf)

Acta Médica Colombiana Vol. 19 No. 3 (1994), El acto médico Implicaciones éticas y legales, Pág. 146. Recuperado de: http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El_acto_medico.pdf

Código Civil. [Código] (2014). Trigésima Tercera Edición. Leyer.

Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (05 de abril de 2017) Sentencia; Exp. 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706). [C.P. Ramiro Pazos Guerrero]

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera (06 de julio de 2017). Sentencia; Exp. 63001-23-31-000-2005-00719-01. Exp. (41579). [C. P. Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera. (25 de enero de 2017). Sentencia; Exp. 25000-23-26-000-2003-02133-01. (36816) [C.P. Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera (08 de febrero de 2017). Sentencia; Exp. 52001-23-31-000-2008-00505-01 (41073) [C.P. Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera (05 de abril de 2017). Sentencia; Exp. 17001-23-31-000-2000-00645-01. (25706) [C.P. Ramiro Pazos Guerrero]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (12 de febrero de 2014). Sentencia; Exp. 88001-23-31-000-2005-00050-01 (34125) [C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, (11 de agosto de 2010). Sentencia; Exp. 05001-23-26-000-1995-00082-01. (18593) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (08 de mayo de 2013) Sentencia; Exp. 25000-23-26-000-2000-01293-01 [C.P. Olga Melida Valle de la Hoz]

Díaz, D. (2018). La teoría de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano sobre responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22852/1/PÉRDIDA%20DE%20OPORTUNIDAD%20Subrayado%20%282%29-convertido.pdf>

Fernández, J. (2001) Elementos que Consolidan el Concepto de Profesión. REDIE Revista Electrónica de Investigación Educativa. Vol. 3 Núm. 2. noviembre 2001. Universidad Autónoma de Baja California. México. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/155/Resumenes/Resumen_15503202_1.pdf

Fernández, M. (2017). El aseguramiento de la responsabilidad civil médica: ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/el-aseguramiento.pdf>

Franco, R. & Holguín, N. (2014). Consentimiento Informado como Eximente de Responsabilidad Médica Contractual. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12627/ARTICULO%20CONSENTIMIENTO%20INFORMADO.pdf;jsessionid=34DB979706ACDCB015F2B1B4F231EE6B?sequence=1>

Galán, A. (2016). Entre Justicia y Moralidad: Criterios Metateóricos en Cuanto a la Justicia, la Moral y el Derecho. Revista Novum Jus. Volumen 10 No. 2. Julio - diciembre 2016. Recuperado de: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1321/1254

Guerra, D. (2014). Tendencias de Lucro Cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991. Revista Academia y Derecho. Año 6. No. 10. Universidad Libre Seccional Cúcuta. Norte de Santander, Colombia. ISSN: 2215-8944. Recuperado de: http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/02-09-2017_48dddd_60327073.pdf

Herrera, F. (2008). Manual de Responsabilidad Médica. Bogotá, Universidad Católica de Colombia. Editorial Leyer. ISBN: 978-958-711-390-7.

Hinestroza, F. (2002), Tratado de las Obligaciones I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Morales, S. & Daza, S. (2016) El Deber de Información al Paciente, El Consentimiento Informado y el Tratamiento Ambulatorio en España. Revista Novum Jus. Vol. 10, Núm. 2. Recuperado de:

https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1316/1249

Patiño, H. (2011). Las Causales Exonerativas de la Responsabilidad Extracontractual ¿por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Una aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado. No. 20. Recuperado de: <file:///C:/Users/loren/Downloads/2898-Texto%20del%20artículo-9707-2-10-20180126.pdf>

Rojas, M. (2015). Responsabilidad Civil Médica. La valoración de la Prueba La causalidad en el acto Médico. Bogotá, Tercera Edición. ISBN: 978-958-8757-96-4.

Solórzano. C. (2018). Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia. Bogotá. Segunda Edición. Edición nueva jurídica.

Tamayo, J. (2007). Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá D.C., Legis Editores S.A. Segunda Edición. ISBN: 978-958-653-559-5.

Tamayo, A. (2009). La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual. Capítulo XXII. Tercera edición. Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley Ltda. ISBN: 978-958-676-458-2.

Vanegas, G. (1994). Responsabilidad Profesional. Revista ESTOM Cali Colombia. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Woolcott, O. (2014). Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el estatuto del consumidor. Tunja, Boyacá. Revista principia IURIS No. 22. ISSN: 0124-2067. Recuperado de: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/951/920>

Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. Revista Criminalidad Vol. 57. Núm. 1. ISSN: 1794-3108. Págs. 61-74 Recuperado de: https://www.policia.gov.co/sites/default/files/57_1.pdf

Woolcott, O. & Fernández, C. (2018). Derecho Médico de las nociones fundamentales y la responsabilidad médica. Tomo I. Primera Edición. Editorial. Instituto Pacifico S.A.C. ISBN: 978-612-322-095-2. Lima Perú. Pág. 556.

Woolcott, O. & Fonseca, P. (2018). Los medicamentos y la información: implicaciones para la imputación de la responsabilidad civil por riesgo de desarrollo en Colombia. Revista Criminalidad. Vol. 60. Núm. 1. pp. 79-93. Recuperado de: https://www.policia.gov.co/sites/default/files/revista-criminalidad_60_-1.pdf

Woolcott, O. Monje, D. Comandé, G. Peláez, R. y Alarcón, A. (2018). Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones. Ed. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. ISBN: 978-958-5456-17-4.

Pág. 21. Recuperado de: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/estudios-contemporaneos-de-derecho-privado-web.pdf>

Woolcott, O. Monje, D. Peláez, R. Comandé, G. y Morales, R. (2018). La modernización de las instituciones del derecho civil. Responsabilidad civil, propiedad y contrato. Ed. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. ISBN: 978-958-5456-56-3. Pág. 19 y S.S. Recuperado de: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/la-modernizacion-de-las-instituciones-del-derecho-civil-cato.pdf>

Woolcott O. Vivas T. y Garzón T. (2017). El Problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente. Ed. Universidad Católica de Colombia. ISBN: 978-958-8934-65-5. Pág. 22 y S.S. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15939/1/El-problema-de-las-transfusiones-de-sangre-y-la-transmisi%C3%B3n-del-VIH.pdf>

Yepes, Restrepo Sergio. (2016). La Responsabilidad Civil Médica. Bogotá D.C. Novena Edición. ISBN: 9789587311518. Editorial: Intermilenio. Pág. 224.